**Causa; "*Provincia, del* Chubut *c/ E., M. D.***
***(Carpeta Judicial N° 1893***
***Legajo Fiscal N° 17595)***

En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, a los veintisiete dias del mes de mayo de dos mil catorce, el Tribunal integrado por el Dr. Florencio Minatta en su carácter de Presidente y los Jueces de Cámara, Dra. Mónica Rodríguez y Leonardo Pitcovsky, acuerda dictar sentencia en los autos **"Provincia del Chubut c/ E., M. D." (Carpeta Judicial N° 1893 de la OJ y Legajo N° 17595 del MPF)** , con motivo de la impugnación interpuesta por la defensa contra la sentencia número 1448 OJ Esquel.

En la audiencia de impugnación (art. 385 del CPP) celebrada el 13 de mayo del corriente año estuvo presente el acusado M. D. E., asistido por su defensor de confianza Dr. H. H., y el Dr. Hernán Dal Verme por el Ministerio Público Fiscal.

En esa oportunidad se recibió declaración al acusado quien manifestó su pesar por el transcurso de todo el presente proceso, alegó un ensañamiento en su contra e hizo mención a circunstancias personales en relación al caso.

El Dr. H. H. sostuvo en la audiencia los fundamentos sostenidos en el escrito de impugnación. Desistió del ofrecimiento de prueba testimonial a realizar en la audiencia y del planteo formulado en relación a la integración del Tribunal.

Ya adentrándose en los motivos de la impugnación ordinaria sostuvo que el recurso ha sido interpuesto contra la sentencia del tribunal colegiado integrado por los Jueces Penales, Dres. Graciela Anabel Rodríguez, Martin O'Connor y Javier Allende, de fecha 13 de julio de 2012 que declaró a M. D. E. autor penalmente responsable del delito de Portación ilegítima de arma de fuego de guerra en concurso real con Tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra por los hechos ocurridos el día 5 de junio de 2011. Recurrió también la sentencia de cesura, de fecha 15 de febrero de 2013, por la que lo condenaron a tres años de prisión de cumplimiento efectivo.

Planteó como primer agravio, la arbitrariedad y la falta de lógica en el razonamiento aplicado por los Jueces del Tribunal de

juicio, y alegó que al condenar a su asistido no tuvieron en cuenta la teoría del caso propuesta por la Defensa.

Argumentó que han sido violadas la reglas de valoración probatoria para desacreditar el estado de necesidad invocado, a pesar de la gran cantidad de prueba aportada a los fines de justificar el accionar de M. E., sin considerar que la conducta del nombrado ha debido ser interpretada no como un hecho objetivo, tal como lo propuso el Ministerio Fiscal, sino como desencadenado de una conducta que pretendió evitar un mal mayor, y prevista en la norma del art. 34 inc. 3º del Código Penal.

Como segundo motivo de impugnación se queja de la errónea-valoración de la prueba testimonial producida en juicio. Especialmente resaltó la particular circunstancia ocurrida respecto de la declaración testimonial de P. E., hermano del encartado, quien reconoció su autoría en el delito de portación y tenencia de armas de fuego. Remarcó que dicha confesión no solo no fue tenida en cuenta al momento de sentenciar sino que, por el contrario, fue interpretada en contra de los intereses de su defendido.

Se agravió, también, de la defectuosa e ilegítima aplicación de los arts. 27 y 58 del Código Penal, en tanto argumentó que la pena de tres años impuesta a M. E. pudo a su criterio haber sido dejada en suspenso. Respecto de este planteo, destacó que su pretensión es intentar modificar el criterio de los jueces de éste tribunal respecto a la aludida interpretación legal.

Por último, requirió como solución del caso se revoque la sentencia condenatoria y se disponga ■la absolución de su defendido.

Hizo reserva de caso federal por arbitrariedad de sentencia, y de . un posterior planteo extraordinario ante el Superior Tribunal de Justicia por inconstitucionalidad del criterio de aplicación del art. 27 del Código Penal.

A su turno el Dr. Dal Verme, por el Ministerio Fiscal, manifestó que al analizar los agravios expuestos por la defensa, surge que los mismos se centran en una distinta valoración personal de la prueba por parte de los Sentenciantes, por el solo
hecho de no compartir su postura absolutoria. Destacó que la defensa no pudo probar de ningún modo los aspectos fácticos propios del estado de necesidad que invocara, como así tampoco el

mal mayor que quiso evitar el imputado mediante la comisión del delito que se le atribuye.

Sostuvo que la queja no logra superar los requisitos de admisibilidad necesarios para derribar una sentencia de condena, ya que no ha podido establecer la existencia de la arbitrariedad que proclama.

En relación al segundo agravio, consideró que la aplicación de lo dispuesto por el art. 27 del Código Penal se impone en el presente caso. Ello en virtud de la conducta del imputado y las condenas anteriores impuestas sin que hubiesen transcurrido el término de cuatro años previsto por la norma.

Solicitó que se confirme la sentencia.

. Finalmente dada la palabra nuevamente al imputado dijo, respondiendo a lo manifestado por el Fiscal, que no tuvo inconvenientes con el alcohol, y sostuvo que su accionar fue derivado de la necesidad de evitar un mal mayor y en resguardo de su hermano. '

Corresponde entonces dar respuesta a las cuestiones que fueron objeto del recurso, como lo ordena el art. 331 del C.P.P., y a esos fines el Tribunal .fijó las siguientes cuestiones a resolver: 1) ¿Debe admitirse o rechazarse la impugnación interpuesta por la defensa? 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

Cumplido el proceso deliberativo, art. 329 C.P.P., se estableció el, siguiente orden para la votación: Minatta, Rodriguez y Pitcovsky.

**El Dr. Minatta dijo:** ,1. La defensa impugna la sentencia condenatoria porque estima que en ella los jueces efectúan una errónea valoración de la prueba, al no dar credibilidad a distintos testimonios que apuntalan el descargo de su defendido, agravio que tratamos seguidamente.

2. En oportunidad de ejercer su defensa material, el imputado explica las razones, tanto de la portación, como de la tenencia de las armas, afirmando que ello ocurrió porque tenía

temor a que su hermano, ebrio al momento de los hechos, se lesione o lesione a otras personas con tales instrumentos. Afirma que las armas son de propiedad de su hermano y que esa noche las llevaba consigo porque consiguió que aquél se las entregue. Como se observa, el imputado alega haber actuado en la situación fáctica que exige el tipo .permisivo del estado de necesidad justificante del inciso 3 del articulo 34 del Código Penal Argentino, por lo que se debe evaluar si tal descargo tiene algún grado de sostén en las probanzas rendidas en el debate.

3. Está fuera de discusión aqui que ambas armas pertenecía a P. E., tal como lo da por Sentado la misma sentencia. Este punto, entendemos, no es menor, por la relevancia que él posee a los fines de valorar las acciones típicas. Así, sabemos que la tenencia o portación de armas- sin entrar en la discusión constitucional si estamos o no presencia de verdaderas acciones- puede acontecer en innumerables oportunidades, tanto en el ámbito público como privado, tan pronto advirtamos que no es excepcional que sus legítimos tenedores y poseedores las presten, momentáneamente o por un considerable espacio de tiempo, a otra , persona, por ejemplo para mostrarla o también, dejarla bajo la esfera de custodia de otro por cualquier razón. A esos fines, imaginemos que una persona le presta tiene un arma y la persona , el coche a su amigo por unos no obstante la deja en su días, dentro del cual la prestataria policial se comprueba la que recibe el coche sabe que está alli lugar; si luego de un procedimiento existencia y tenencia del arma dentro del coche conducido por ésta última, no puede decirse, sin más, que cometió los delitos que tratamos, puesto que si no atendemos a la razón de ello, caeríamos en la punición de actos comunes y normales, que pueden y efectivamente ocurren en varios casos. Por ello, estimo que es decisivo, en todos los casos, indagar profunda y detalladamente en las razones de la tenencia y portación de armas por parte de una persona que no es su propietario. En este sentido, el imputado alega que las tenía y portaba porque tenía miedo que su hermano cometiera algún acto agresivL hacia otra persona o se autoagrediera, relatando al respecto que ése fue también el motivo de salir con su sobrino esa noche en busca de su hermano

P., a quien ubica y logra que éste le entregue las armas, manifestando en su declaración que los detalles de la secuencia, los brindará su hermano cuando declare, sosteniendo, esencialmente, que con el testimonio de P. quedará todo aclarado. Tal relato genérico tiene su sostén tanto en el mismo testimonio de P., como en las deposiciones de M. H. y J. G. En efecto, relata P. que esa noche tenía .ambas armas en su camioneta y que luego de buscar a su chica por varios boliches, en los que tomara mucho alcohol, estaciona a la vuelta del lugar de los hechos y se dirige al local bailable " M.", oportunidad en que encuentra a su hermano M., a quien le hace entrega del revólver, a su pedido, para luego dirigirse ambos hacia el local , cuando al llegar, el imputado se da cuenta de que también tenía la pistola 9mm motivo por el cual trató de sacársela, previo forcejeo en el que se escapa un tiro.

En parte, tal secuencia, es también corroborada por M. H., quien relata que al llegar al lugar de los hechos, observa que salen corriendo varias personas y que identifica al imputado y otras dos más, uno de los cuales le parece que era P., no percibiendo ningún acto agresivo de las personas hacia el imputado. Por su parte, G. corrobora la presencia de P. en el lugar, así como la discusión entre los hermanos y el forcejeo, escuchando un estruendo y la corrida de la gente que en cantidad había allí, detallando que, en la discusión, uno de los hermanos retaba al otro, que los vio forcejear, empujarse entre ellos.

Estimamos que tales testimonios que sostienen la defensa material, son suficientes como para tener por refutada la tesis fiscal en orden a la antijuridicidad de la tenencia y portación. Esto es así, porque sabemos que en la reconstrucción de la verdad fáctica en orden a la responsabilidad penal, no solo debe haber pluralidad de pruebas que sostengan la acusación- tal como surge aquí sin discusión respecto de la existencia de las armas dentro de la esfera de custodia del imputado- , sino que también es necesario la inexistencia de probanzas que puedan, al menos, ponerla en duda, en nuestro caso respecto del punto de la antijuridicidad sostenida por la fiscalía. En este sentido, ni siquiera resulta necesaria la pluralidad de contrapruebas, en tanto la versión del imputado no resulte totalmente incompatible con los elementos de la causa, tal como ocurre aqui, en que la versión es sostenida por los referidos testimonios que ponen en duda la antijuridicidad alegada por el acusador, por lo que ya es suficiente como para no llegar a la certeza destructiva del estado de inocencia. Recordemos, una vez más, al maestro

Ferrajoli cuando estudia las garantías epistemológicas y jurídicas necesarias como para que pueda acreditarse con certeza la- responsabilidad penal de una persona, especialmente, la afirmación de que para que una hipótesis acusatoria sea aceptada como verdadera, no basta que sea coinpatible con varios datos probatorios, sino que también hace falta que no sea contradicha por ninguno de los datos probatorios existentes, recordando que. si es necesaria varias pruebas para condenar, basta una sola contraprueba razonable para descartar tal decisión. ( Cfr. Ferrajoli, Luigi, Derecho y Razón, Ed. Trotta, España, 1995, pags. 150/151).

4. En este punto, corresponde janalizar las merituaciones que la sentencia efectúa de los elementos de descargo, no sin antes señalar, respetuosamente, un error conceptual en los votos. En efecto, los jueces hacen hincapié eh que la defensa se ejerció en el debate, después de seleccionada y producida la prueba de cargo, afirmando que esto imposibilitó al fiscal conocer la postura de la defensa. Agregan, además, que el imputado no probó su teoría del caso, preguntándose porqué no se trajo a declarar a una persona - el sobrino del imputado- que conoció de primera mano los hechos, amén de que los testigos de la defensa no se explayaron sobre detalles, endilgando ‘a la defensa no preguntarle sobre aspectos que supuestamente le interesarían a su posición.

Entiendoque tales pareceres, no se corresponden con la dinámica del proceso acusatorio adversaria!, pues el cambio de sistema procesal, para nada cambia la cuestión de que es el fiscal quien debe probar su tesis y destruir con certeza la de la defensa, no pudiéndose cargar sobre las espaldas del defensor la carga probatoria o la falta de preguntas concretas a los testigos, tarea que, en todo caso, debería cumplirlo la fiscalía,

pues ésta tiene no solo el deber de arrimar prueba de cargo, sino señalar y hacer patente también la prueba de descargo, tal como lo establece en forma expresa nuestro código procesal- art. 114- en oportunidad de reglar, como principio de actuación básico del fiscal, el deber de objetividad. En esta senda, corresponde citar a Maier, quien al tratar el "in dubio por reo", recuerda que una de las maneras de violarlo por parte de la jurisprudencia, reside en aquellas decisiones que "cargan" la prueba de los hechos cuando éstos son alegados por la defensa como eximentes, lo cual viola

tal garantia, citando innumerables fallos de la CSJN que han revocado sentencias de mérito porque invirtieron la carga de la prueba y la exigen al imputado. ( Cfr. Maier, Derecho Procesal Penal, TI, Ed. Del Puerto, Bs As, 1996, pag.510)

Sentado esto, tampoco aparecen como decisivas las apreciaciones de la sentencia cuando trata de horadar la credibilidad de los testigos favorables a la defensa. Asi, por ejemplo, sostienen que el testigo J. G. se contradice, argumentando que primero dice que cuando llega al lugar donde discutían los hermanos, había dos o tres personas, y después que había mucha gente, así como que refirió que los hermanos discutían, pero luego dijo que el imputado lo retaba a su hermano, además de que dijo que hubo empujones y después forcejeos y que nada dijo de la pistola. No advierto, sin embargo, ninguna contradicción, pues su relato es coherente con lo que observa y solo relata la secuencia, es decir, está describiendo la dinámica del hecho, aclarando, a medida que avanza su testimonio, varios detalles que no son incompatibles para nada, tales como decir forcejeo y empujones, como si ambas cosas fueran incompatibles o que en una discusión entre hermanos, uno no puede terminar retando alotro. Lo mismo resulta aplicable a la valoración de lo sostenido por el imputado, a quien no creen los jueces, entre otras cosas, porque no habló del forcejeo y no dio detalles más certeros de la discusión y de cómo se procuró las armas, pero esto se explica perfectamente porque el mismo imputado afirmó que su hermano aclararía todo lo que pasó con su testimonio, por lo que no cabe tal estimación en su perjuicio.

Tampoco corresponde achacar a la defensa el no ofrecimiento como testigos, tanto del sobrino que acompañara al imputado esa noche, como de la persona que le avisara que su hermano tenía problema, y del personal de mesa de entradas de la policía, ante los cuales el imputado habría hecho alusión al temor de que su hermano se agrediera estando ebrio y que las armas eran de él. Va de suyo que estas conductas de la defensa pueden obedecer a una estrategia legítima o a una negligencia, pero todas ellas son, en definitiva, simples conjeturas acerca de qué es lo que la defensa debería haber probado, lo cual es absolutamente improcedente en la valoración de la prueba. En suma, el esfuerzo de los jueces por encontrar contradicciones, termina en detalles nimios que no hacen al centro de la cuestión alegada como justificante, que es lo que se debió tratar, ya que en ello reside lo esencial de la defensa.

5. En definitiva, cabe al menos dudar sobre si la justificante existió o no, lo cual deberá favorecer al imputado por mandato constitucional y plasmar ello en la respectiva revocatoria de la sentencia y correspondiente absolución del imputado. En este punto, volvemos al maestro Maier, quien, al estudiar las implicaciones del principio "in dubio pro reo", afirma que la falta de certeza se pueden presentar no solo sobre' los elementos de la acusación- lo que determina que se declaren inexistentes- sino también tal falta de certeza puede existir respecto de las eximentes-como, por ejemplo, la que se aduce aquí-, caso en el cual deberán tenerse como existentes. (Cf. Maier, ob. Cit. , pag. 500}.

Respecto de la regulación de honorarios, propongo que los mismos sean fijados en un 35% de los correspondientes a su actuación en primera instancia, con cargo a su defendido, conforma la labor profesional desarrollada, (art. 5, 6 bis, 7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N° 15)-Así lo voto.

**La Dra. Rodríguez dijo:**

1. Sintetizados como han sido los antecedentes del caso, corresponde ingresar al tratamiento de los agravios esgrimidos- por la Defensa en el recurso en trámite.

He de anticipar mi coincidencia con el Magistrado que lidera el acuerdo pues, según entiendo, el fallo del Tribunal de juicio ha omitido la aplicación del principio in dubio pro reo en la ponderación de la prueba, al minimizar el valor de numerosos indicios que abonan la hipótesis explicativa de la defensa.

Tal como habré de analizar, considero que la minuciosidad reconstructiva que han exigido los Jueces ha perdido de vista que el escenario fáctico en lo sustancial, esto es, el contexto de los hechos acreditados en el juicio apuntala la hipótesis de la Defensa, aún indiciariamente, y esa conclusión debió decidir la suerte del caso.

2. En la impugnación el Defensor técnico del acusado M. E. sostiene que los Magistrados del. juicio han descartado indebidamente la versión de los hechos dada por su defendido. Denuncia falta de objetividad en los Sentenciantes por adherir a una hipótesis -la de la Fiscalía- a pesar de haber atribuido un proceder carente de toda explicación, y rechazar -como contrapartida- la teoría del caso de la Defensa no obstante presentarse, según entiende, dotada de lógica y de un sentido absolutamente racional.

3. Cabe recordar que el pragma delictivo descripto por la parte acusadora ubica al imputado efectuando un disparo al aire con una pistola 9 mm, frente al local bailable "M." de la ciudad de Esquel, en la madrugada del día 5 de junio de 2011. Requisado más tarde el interior de la camioneta en la que se trasladaba, los funcionarios policiales intervinientes secuestran el arma disparada -cargada y con bala en boca- y un revólver calibre 38 descargado.

El representante del MPF afirma no haber podido recabar ninguna otra información relevante que permita explicar los motivos que llevaron al imputado a obrar del modo expuesto, y califica el hecho como constitutivo de los delitos de Portación ilegítima de arma de fuego de guerra en concurso real con Tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra (art. 189 bis, apartado 2, párrafos cuarto, segundo y sexto, 55 y 45 del Código Penal Argentino).

4. El imputado, al ejercer su defensa material en el debate, dijo que desde hacia varios meses veia que su hermano P. no estaba bien, aunque sin brindar otras explicaciones. Agregó que la madrugada del hecho "le| avisan lo que sucedía" y decide salir con su sobrino a buscar a P. "para evitar que se mate o que mate a alguien". Agregó: "no estoy loco, no estaba ebrio", indicando que, si bien cometió errores cuando era más joven, "sabiendo que estaba con una probation no puedo ser tan loco que sin motivo -la policia dijo que no me vieron en ningún problema ni discutiendo- salir a los tiros en la via pública. No

voy a dejar que mi hermano se pegue un tiro en la cabeza o cometa un error". Y añadió, en relación al núcleo imputativo, "yo las armas se las saqué a mi hermano, que las tenia en su camioneta, una Eco Sport, eran de él y se las saqué enfrente del boliche bailable M.". .

5. Hasta aqui tenemos que el acusado admite el factum detallado por la acusadora, pero explica los motivos que lo determinaron a actuar del modo en que lo hizo. Sostiene que instantes previos al arribo de la prevención él habia desapoderado de esas armas a su hermano, escapándose un tiro en el momento de quitarle la pistola. Dijo que obró de ese modo en el convencimiento de que P. había salido dispuesto a matarse o matar a una mujer con la que habia sufrido un desencuentro sentimental.

La Defensa reconoce, insisto, el hecho descripto por la Fiscalía pero invoca una circunstancia justificante al indicar que la momentánea tenencia y portación de las armas que se constatara tuvo el propósito de evitar el mal ya referido. Para acreditar tal extremo ofreció oportunamente prueba y la misma fue' producida en el debate, no sin dificultades e innecesarios obstáculos como habré de analizar.

6. Los Magistrados descartaron la justificación esgrimida afirmando que la versión dada por tíiauro E. no pudo ser acreditada con certeza. Señalan que no se probó el desencuentro sentimental sufrido por P. E., ni el deterioro de su estado emocional; tampoco se probó -Jñaden- que esa noche P. se hallara en estado de ebriedad, ni que le traspasara las armas secuestradas al imputado y, básicamente, sostienen, que no se demostró que haya existido el referido "forcejeo" entre los hermanos frente al local bailable.

7. Si bien en el fallo se afirma que la versión del acusado no resulta coincidente con el testimonio del hermano, P. E., he de discrepar con tal conclusión pues, luego de escuchar con detenimiento ambos relatos, entiendo que a lo sumo podría hablarse de ciertas diferencias pero no de contradicciones. Los dichos de M. son mucho más genéricos, en cambio P. brinda detalles del momento en que las armas pasan a manos del acusado instantes antes de la intervención policial.

Es claro que la mayor o menor amplitud de pormenores en versiones sustancialmente concurrentes no permite su

descalificación como contrapuestas.

Más bien podría pensarse que el acusado prefiere que sea el propio P. quien asuma ante los Jueces del debate la tarea de relatar lo ocurrido, pues no cabe olvidar que su descargo implicaba involucrar penalmente al hermano. En su declaración M. E. dice, en relación a P., que "él dará su testimonio y va a dejar muy claro para mí esta causa".

8. En la tarea de reexaminar el material probatorio cabe recordar que en el transcurso del debate se produjeron los testimonios de los hermanos M. y F. D. y el de C. M. Esas tres declaraciones, correctamente ponderadas como creíbles, permitieron tener por acreditado -tal como admiten los Sentenciantes- que el revólver y la pistola secuestrados en poder del acusado fueron adquiridos de manera ilegal por P. E. dos o tres días antes del hecho en cercanías del Barrio C..

Esto, a su vez, fue corroborado por el relato en juicio del propio P. E., en una extensa declaración que incluyó detalles de la referida operación. Reconoció en el juicio haber sido autor de un presunto delito de acción pública, brindando -a su vez- información concreta para habilitar una pesquisa más vasta por parte de la Fiscalía.

En punto al hecho en si, en el debate declararon los funcionarios policiales que se trasladaban en el móvil que arriba al lugar en forma casi concomitante a su ocurrencia.

Al respecto, el oficial D. dijo haber visto desde unos cuarenta metros de distancia que el imputado, parado en el lateral izquierdo de su camioneta, efeituó dos disparos al aire, que luego hace además de guardar algo en la parte media interior del rodado, subiéndose luego y haciendo marcha atrás como para irse del lugar.

H., otro de los empleados policiales, dijo cuando iban llegando a M. escuchó dos detonaciones pero que no vio a la persona que efectuó los disparos. Agregó que en el lugar había mucha cantidad de gente, porque iban saliendo del local. Interrogado si advirtió alguna discusión o pelea en ese momento dijo que sí, que no recuerda entre quienes y que E. pudo haber estado involucrado en una pelea, aunque aclaró que no vio a nadie tomando una actitud agresiva contra él.

Una información relevante que brinda H. es que, interrogado por el Fiscal acerca de sil E. estaba sólo en la camioneta, dijo que con él había dos personas más y que una de

ellas era P., el hermano del acusadlo, aclarandoque no lo vio arriba de la camioneta, sino "cerca" de M., pero que después no lo vio más porque se ocupó de retira a la gente del lugar. El chofer del móvil, P., dijo haber visto a una persona tirar un disparo para arriba, observando el arma que tenía en una de sus manos, sin mencionar ningún otro detalle de relevancia para el esclarecimiento del caso. '

Por último cabe hacer referencia al testimonio de J. G. quien ve, en lamadrugada del día del hecho, la camioneta de M. "atravesada" cerca del estacionamiento de La Anónima y al bajarse de su vehículo observa a M. E. discutiendo con su hermano. Sostuvo que había mucha gente en el lugar, "pero el problema puntual me parece que era entre ellos, como que estaban discutiendo por algo, por qué, no sé . La verosimilitud de este testigo no ha sido puesta en tela de juicio.

La ubicación de la camioneta (a unos dos o tres metros del cordón de la vereda} quedó descripta en el acta inicial y croquis ilustrativo obranteen el Legajo de prueba fiscal- Ese dato objetivo también debió ponderarse al evaluar la credibilidad del descargo de E., pues habla de un estacionamiento transitorio en el lugar.

9. Coinciden los Magistrados en descartar la versión justificante del acusado en razón, dicen, de que no fue acreditada. El razonamiento, en mi opinión, es erróneo pues no cabe asimilar la exigencia de certeza que recae sobre la hipótesis fiscal con aquella exigible a la de la Defensa, que sólo requiere una probabilidad cierta.

Considero que en elcaso se ha minimizado el valor probatorio que tiene el relato de P. E., al restársele credibilidad sin fundamentos consistentes. Él reconoce ser quien compra la pistola y el revólver secuestrados, en el circuito ilegal de armas, dos o tres días antes del hecho, dejando así expedita la investigación penal en su contra. La experiencia común indica que no es frecuente que una persona se autoincrimine ante un tribunal sin serios y fundados motivos.

Pero, además, entiendo que el fallo haomitido conferir adecuado peso probatorio a numerosos y concordantes indicios introducidos al juicio por iniciativa de la Defensa, a pesar de las dificultades que tuvo que enfrentar en esa tarea el defensor.

Así, las armas fueron compradas por P. Este último

tenía un problema sentimental y estaba pasando por una etapa de deterioro personal, dato que fue aludido por uno de los hermanos D., sobre cuya credibilidad nadie ha dudado. Esa madrugada estaba presente en el lugar de los hechos, como también un sobrino del acusado. El testigo G. vio a los hermanos discutir instantes antes del hecho, ubicando a M. en posición de "retar" a P.. La camioneta del imputado estaba parada a dos o tres metros del cordón, lo cual permite inferir -como dije- que paró allí momentáneamente.

10. Los Magistrados argumentan que no se acreditó que hubiera habido un forcejeo entre el imputado y su hermano. Extraen tal conclusión a partir de contrastar los escasos detalles del relato de M. y los brindados por su hermano P. con la versión de los funcionarios policiales D., H. y P. Es sabido que las condiciones de percepción de los testigos inciden en el grado de fiabilidad que pueda otorgarse a sus manifestaciones. En el caso, además de la nocturnidad y la distancia (aproximadamente unos 40 mts.), en el lugar había una- gran cantidad de personas (una multitud es la frase que, por dos veces, utiliza el acta inicial).

Por eso mal podría descartarse forcejeo previo con los meros dichos de aquellos que vieron al acusado disparar al aire. En este aspecto es interesante recordar que ni siquiera el propio oficial D. descartó la posibilidad di un forcejeo previo a los disparos -hayan sido uno o dos- ya que, ante la pregunta concreta del Fiscal sobre siE. estaba participando de una riña, contestó "la verdad es que no logré observar a otras personas que seinclinen hacia él o queestén atabándolo, lo que alcanzo a focalizar es la presencia de esta persona que hace los disparos" (sic).

Se dijo, además, que sólo los testigos E. y G., hablan de un único disparo mientras testigos policías dicen que fueron dos. Se olvidan que el funcionario policial P. también afirma en el debate -y lo reitera- que el disparo fue uno sólo. A su vez, al ser interrogado este testigo sobre si vio una pelea en el lugar del hecho dijo que nó lo recordaba.

11. Vimos que el relato de la Defensa no es contrapuesto al de la Fiscalía, sinoque setrata deuna versión que, partiendo De admitir aquella hipótesis fáctica, la completa al acreditar -aún indiciariamente- un contexto justificatorio que explica la motivación que guió al acusado.

Es posible que en la versión que introduce el imputado, a partir de la escueta narración que efectúa -o de la más detallada explicación por parte de su hermano P., incluso- puedan encontrarse matices dudosos o detalles no suficientemente esclarecidos. Pero al respecto cabe recordar dos cosas. la primera —y fundamental— es que asi cómo los meros cabos sueltos no son suficientes para satisfacer la noción de duda razonable respecto a una hipótesis acusatoria, tampoco lo son -menos aún-

para descartar como "probable" una contra-hipótesis de la defensa.

12. Un paréntesis. Debo señalar que me han dejado perpleja ciertos cuestionamientos de los Magistrados en sus votos acerca de por qué el acusado no explicó desde un principio su "teoria del caso", o por qué no ofreció otras pruebas para corroborar su .versión de lo ocurrido (empleados policiales, sobrino, ex pareja del hermano del acusado, y otros que permitieran acreditar el alegado estado emocional de P. o su ebriedad la noche del hecho}. Tales argumentaciones resultan, en mi opinión, inaceptables pues, salvo supuestos de inidoneidad manifiesta en el ejercicio de la defensa técnica, la estrategia en cada caso concreto configura un ámbito ajeno a la autoridad de los jueces, quienes ignoran por completo los motivos que pudieron llevar a la parte a prescindir de determinados medios probatorios.

No cabe olvidar un aspecto que considero de suma relevancia para la comprensión de la postura defensiva, y es que en el caso el descargo del acusado implicaba incriminar a su hermano en un delito de acción pública, cuestión que no parece ser para nada menor y que, sin embargo, no ha sido considerada. En relación al punto pude advertir, por ejemplo, el claro déficit en el interrogatorio que efectúa el. Defensor al testigo P. E., llegándole a decir "yo no te voy a interrogar sobre el tema de las armas", pese a la importancia que revestía la cuestión para los intereses de su cliente. La falencia fue superada adecuadamente por el completo contraexamen llevado a cabo por el Fiscal, quien se desempeñó -valga destacarlo- con estricto respeto del principio de objetividad.

A su vez, el testigo P. E. debió ser relevado del juramento de ley, pues la situación imputativa en su contra habia surgido en forma clara a partir de los testimonios de los hermanos D. y de M. En el punto fue correcta, entiendo, la intervención del Fiscal Dal Verme, quien solicitó que se 'asimilara la situación a la de un coimputado.

Al respecto he sostenido que "en el momento en que un testigo se autoincrimina ante un tribunal es deber de los jueces hacer operativa ,1a garantía contra la autoincriminación relevándolo del juramento prestado y haciéndole saber que puede retirarse si lo desea, toda vez que no puede ser obligado a declarar contra si mismo.... Es claro que la persona, en tal caso, puede optar por dar por finalizada su intervención o seguir

declarando -sin juramento-, pero en caso de que decidiera continuar con su deposición deberá hacérsele saber que sus dichos no podrán ser usados en su contra. En tal supuesto la declaración podrá ser ponderada por los jueces tal como si se tratara, por ejemplo, de los dichos de un coimputado (Caso "M. O. D. r/ víctima homicidio" - OJTrelew Carpeta N° 3706)

Discrepo, asimismo, con el tratamiento dado al testimonio de M.. Considero que no existió nunca a su respecto una situación que justificara supeditar el testimonio a una entrevista previa con un abogado defensor. Obviamente que si en el transcurso de la declaración hubiera surgido esa necesidad' entonces sí, el Tribunal podía disponerlo. La credibilidad asignada a los dichos de M. demuestra que ninguna situación imputativa pudo seriamente planteársele.

13. Respecto a la solución jurídica dada en el fallo considero adecuado recordar que nó existen excepciones al denominado onus probandi, lo cual significa que ninguna carga probatoria pesa sobre el acusado, porque quien debe probar todos y cada uno de los extremos de la imputación penal es la parte acusadora.

Es claro que en el ejercicio de su derecho de defensa el imputado se halla plenamente habilitado para invocar circunstancias impedientes, justificantes, exculpatorias, aminorantes, etc., de su responsabilidad penal. Obvio es decir, que está facultado a ofrecer y producir toda la prueba que sirva de apoyo a su defensa, pero eso no habilita a afirmar que pesa sobre él obligación probatoria alguna  Si el descargo que invoca, aunque nada haya probado, configura una hipótesis plausible -no contradicha con certeza- deberá absolvérselo por imperio del in dubio pro reo, derivación necesaria del principio constitucional de inocencia.

Asignar categoría de carga probatoria a aquello que no lo es lleva a conclusiones erróneas. El axioma, propio del principio
dispositivo, de que quien alega un hecho debe probarlo jamás podría resultar aplicable al imputado en un proceso penal. Tampoco es una mera cuestión semántica. Una interpretación semejante implica un grave error conceptual que parte de olvidar que nuestro modelo procesal penal no es acusatorio puro, sino acusatorio formal. Por ende, no resultan aplicables las reglas de la

litigación entre particulares, como en el proceso civil, en el que ambas partes se hallan en un pie de igualdad. En el proceso penal es el Estado el que interviene en su doble función, requirente y jurisdiccional, desdoblamiento que funciona como modo de asegurar el derecho de defensa en juicio (al crear un opositor formal del cual defenderse) y como garantía de imparcialidad del juzgador, al relevar al juez del rol de perseguir penalmente al acusado.

Por ello jamás puede equipararse la posición procesal del imputado con la del Ministerio Público Fiscal en ese marco. Nociones tales como adversarialidad, litigación o igualdad de armas sólo pueden tener sentido en tanto herramientas procesales que acentúen aquellas garantías, más nunca para hacernos perder el norte en la comprensión de los principios básicos del proceso penal, hoy ampliados -en términos de garantías- respecto del anterior procedimiento.

Entiendo que cierta confusión pudo haber llevado a decir que el descargo del imputado no fue acreditado con certeza, cuando en realidad basta con que la hipótesis justificante o exculpatoria no haya sido desacreditada por la prueba de la parte acusadora para que se configure, sin más, la obligación de los jueces de absolver al acusado.

14. Es sabido que la noción de duda razonable no se satisface a partir de contraponer a la hipótesis fiscal una versión meramente hipotética, fantasiosa o inverosímil.

Sin embargo, ello no implica desconocer que cuando la versión de la Defensa no es una simple hipótesis carente de todo sustento probatorio, cuando no es fantasiosa ni inverosímil sino posible y cuando, sin llegar a la certeza absoluta, exhibe probabilidad nos hallamos ante Una duda razonable y, como necesaria derivación del principio de inocencia, así debe ser categorizada por los jueces.

Por ello, cabe afirmar categóricamente que resulta incorrecto rechazar un planteo defensivo por falta de certeza absoluta respecto de la versión brindada. Basta que el relato justificante o exculpatorio del imputado resulte plausible a la luz de las pruebas colectadas en el juicio para que, en virtud del

principio constitucional de inocencia, deba absolvérselo. Ello es así, más allá de la duda que al respecto puedan albergar los jueces en su subjetividad, pues nuestro sistema de valoración probatoria no admite una condena penal a partir de la íntima convicción.

Dicho de otro modo, no interesa si los jueces en su fuero íntimo creen o no en la versión dada, tampoco es relevante si opinan que puede no ser exacta ni perfectamente ajustada a la realidad. Lo que importa es determinar si objetivamente tiene entidad probatoria suficiente como para poner en crisis la hipótesis acusatoria, pues en tal caso la mera convicción personal debe ceder por expreso imperativo constitucional.

15. Cierto es que tanto la tenencia como la portación de armas de fuego sin autorización son delitos formales e instantáneos. Por ello, bien podría decirse que la objetiva situación descripta por el MPF en el caso permitiría, prima facie, encuadrar típicamente la conducta de E. en las figuras que le fueron atribuidas.

Sin entrar a analizar los serios reparos constitucionales que se han formulado respecto a dichos tipos penales, también podría decirse que la tenencia o portación de armas momentánea o meramente transitoria no tiene entidad suficiente para configurar el aspecto objetivo del respectivo tipo.

Sin embargo, aún considerando lo contrario, tal conducta sólo constituiría delito en tanto y en cuanto pudiera afirmarse con certeza, además, un obrar doloso del agente y la ausencia de una causa de justificación o de inculpabilidad.

La Defensa ha puesto en crisis la antijuridicidad del pragma atribuido y, por lo dicho, entiendo que la hipótesis propuesta, más allá de los cabos sueltos que pueda presentar, debe ser acogida jurisdiccionalmente.

16. En virtud de las consideraciones expuestas corresponde, por imperio de la duda procesal, disponer la absolución de M. E. respecto del hecho por el que fuera sometido a proceso, en tanto no se ha podido arribar a una certeza positiva acerca de la antijuridicidad de la conducta atribuida (art. 34, 3º CP y 28 CPP). Así voto.

17. Corresponde imponer las costas al imputado, conforme la excepción prevista por el art. 242 CPP, y regular los honorarios correspondientes al profesional interviniente en un 35 % de los correspondientes a su actuación en la primera instancia (art. 5, 6

bis, 7, 13 y 44 de la Ley XIII N° 4, t.o. Ley XIII N° 15).

**El Dr. Pitcovsky** dijo: Llegado el caso a esta instancia de revisión para resolver la impugnación ordinaria deducida por la Defensa particular de M. D. E., luego de practicarse la audiencia que obliga la manda procesal, paso a emitir mi voto, no sin antes subrayar que en la deliberación y posterior Acuerdo se ha conformado una mayoría que ha resuelto absolver al imputado, quedando quien suscribe en minoría. Dicho esto, advierto que la sentencia atacada se encuentra fundada correctamente en hecho y derecho y que, tal como de continuo expresaré, los elementos de cargo han sido más que suficientes para que se rechace la pretendida justificante que se esboza para lograr la no punibilidad en el evento de E.. .

Los motivos de la presentación del Sr. Abogado Defensor Dr. H. H. y el responde del Sr. Fiscal Dr. Hernán DAL VERME, se encuentran desplegados en los correspondientes escritos, los que fueron ampliados en la citada audiencia, datos que ya fueron expuestos al principio de esta sentencia, por lo que honor a la brevedad a ellos me remito.

Tal como ocurriera en todo el curso del proceso nose ha discutido la materialidad del hecho delictual ni la responsabilidad del traído a juicio. Sí ha presentado el Sr. Defensor en el debate como línea argumental defensiva, cuestión que reedita ahora, que su defendido actuó en la oportunidad de manera justificada conforme los parámetros establecidos en la Ley Penal, más precisamente pretende la aplicación del artículo 34 inciso 3ro., esto es, que su conducta ilícita estuvo dirigida a evitar un mal mayor y que por eso rio se lo debe punir por esta acción.

Como mención del asunto a resolver se destacan las expresiones del propio imputado, quien avanzado el curso del debate dijo que para evitar que su hermano P. -quien atravesaba un serio problema emocional- se hiciera un grave daño en su salud o se quitase la vida, o tal vez a terceros que se encontrabanen el sitio, es que decide sacarle las dos armas que días antes había adquirido. En esa misma línea se manifiesta P. E., con algunos matices de diferencia, que fueron en su tiempo abordados -conforme su análisis del hecho- por los tres Jueces del juicio.

Respecto a la decisión que tomó el Tribunal -cuestionada por

arbitraria por la Defensa-, vale destacar como premisa inicial lo que se define como actividad jurisdiccional, tomando los conceptos del Maestro Luigi Ferrajoli en "Derecho y razón", cuando refiere del "poder judicial como el conjunto de los espacios decisionales -la interpretación de las leyes, la- inducción probatoria, la connotación equitativa y los juicios de valor discrecionales- reservados más o menos irreductiblemente a la actividad del juez." Página 578.

De ello cabe repasar, atendiendo sustancialmente los principios que rigen nuestro sistema de evaluación de la prueba, que aquellos juicios de valor que hará el juez, lo será, claro está, con los elementos de cargo y de descargo que están a su alcance en base a la potestad discrecional que le brinda, por cierto, la libertad de decidir, dentro de los límites de la ley. Ello no debe confundirse con el concepto de arbitrariedad, que sí irían en contra de los principios constitucionales del debido proceso, inutilizándose por inefica su análisis en cualquier asunto sometido a su examen. I .

En efecto, en escena aparecen agentes de la prevención que nos informan que el hecho sucedió de una manera distinta a la clamada por el imputado y su hermano, más existen otros elementos objetivos que avalan esta situación, contexto este que toman en definitiva los Magistrados en su sentencia para decidir la condena de E. Estos relatos que a su vez tienen un trazo vinculado en forma directa a los demás elementos de cargo como el secuestro de las dos armas en forma inmediata en poder de M. E. dentro de su camioneta y la pericia de dermonitrotest en las manos del imputado, confirman la decisión final de los magistrados.

- Bien han sufragado los jueces sobre este tópico al desechar esta causal de antijuridicidad atendiendo por sobre todo, no sólo las manifestaciones de los preventores que llegan al lugar y observan al imputado con un arma en la mano disparando; sino que, luego de examinado el interior del vehículo en que se trasladaba el encartado, se hallan las dos armas de fuego.

Han sumado los sentenciantes en su análisis otras pruebas en ese sentido. El Juez Javier ALLENDE atendió para desechar la justificante demandada el resultado positivo de dermonitrotest en las manos del imputado, demostrativo que tenía en su poder la pistola al momento de efectuarse el disparo; que la mujer de apellido Acosta con la que tendría P. E. los problemas sentimentales no compareció al juicio; y que los supuestos

problemas emocionales a partir de problemas amorosos con la señorita antes mencionada no fueron corroborados por pericia alguna. Sin embargo, agregó el Juez, los testimonios de cargo – D. y P.- han sido contundentes al afirmar que vieron al encartado al costado de la camioneta disparar con un arma, sin apreciar forcejeo alguno de éste con terceras personas o acaso que se las quitaba a su hermano y que allí se produjo un disparo.

El Juez Martín O'CONNOR puntualizó y agregó sobre el tópico para condenar a E. (desechando la justificante) , que " (...) fue genérica (la declaración del inculpado) pues omitió referirse a cómo recibió el aviso de que su hermano estaba armado portando armas, de parte de quién recibió ese aviso, cómo fue -puntualmente- la entrega (o la quita) de las armas, cómo fue efectuado el disparo y por qué no manifestó su versión a los policías... (...)", entre otras consideraciones, para resaltar el Magistrado que se contradijo en su relato con la mecánica de los hechos expuesta por su hermano P., más precisamente en lo-relativo al tiempo y modo en que se apodera de las armas.

Fueron repasados en los audios estas expresiones, también la de los policías D. y P., y la descripción de cómo ocurrieron los hechos estas precisadas sin línea de duda en los dos últimos, tal como lo escogieron correctamente los jueces del juicio.

En lo demás, entiendo que no se tratade creer por la sola invocación del imputado que el hechoocurrió de una determinada manera si no hay prueba objetiva así lo acredite, máxime cuando sí la hay desde la perspectiva acusadora.

Sin dudas los interrogantes que trajo a escena el imputado, luego de avanzado el debate, de cómo habían ocurrido los hechos, particularmente quién tenía las armas en el momento previo a que fueron encontradas en su poder, o si efectivamente existía una situación de peligro inminente en un supuesto actuar de P. E., han sido zanjados correctamente por los jueces del debate, conforme se viene de decir. ello debo agregar que no es suficiente la invocación por parte del imputado y su hermano de una genérica situación de peligro -máxime cuando esta no se aprecia además inminente-, para fundar esta causal de

justificación, puesto que este como cualquier estado de necesidad que searguye, de llevar adelante una acción ilícita para evitar
un mal mayor, no radica sólo en el temor que puede causar un peligro -no acreditado-, sino que debe fundamentarse en datos concretos y objetivos tomados del suceso, objetividad que en el caso no existió. La pretensión entonces ha sido bien rechazada, cuestión que comparto.

Respecto a la sanción impuesta, advierto que la que han escogido los jueces ha sido la correcta, a partir de una detallada evaluación de los parámetrós que exige la manda legal - arts. 40 y 41 del C.P.-, apreciándose a su vez que en el presente caso no existe legalmente la posibilidad de que la pena sea de cumplimiento condicional, por una clara y precisa disposición normativa que no permite a quienes han sido condenados a sufrir una pena en forma condicional dentro de los cuatro años
anteriores, al goce de una nueva condena de prisión en suspenso. (Art. 27 del C.P.). .

En definitiva, destaco que ha sido acertada la manera en que el Tribunal evaluó la totalidad de la prueba, llegando a sus conclusiones sin incurrir en arbitrariedad alguna a través de un análisis adecuado a las pautas exigidas por la sana crítica racional, observando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia (Art. 25 del C.P.P.). Así lo voto.

Los honorarios, de acuerdo a la labor profesional desarrollada por el Dr. H., coincido con mis colegas preopinantes, que deberán ser fijados en un 35% de los correspondientes a su actuación en primera instancia, con cargo a su defendido. Así lo voto.

Por todas las consideraciones expuestas, el Tribunal por mayoría dicta el siguiente

**FALLO:**

1) **Hacer lugar a la impugnación ordinaria interpuesta** por la defensa técnica del imputado M. D. E. (cuyas demás circunstancias personales obran en autos),absolviéndolo en relación a los delitos de Portación ilegítima de arma de fuego de guerra en concurso real con Tenencia ilegítima de arma de fuego de guerra (art. 189 bis, apartado 2, párrafos cuarto, segundo y sexto, 55 y 45 del Código Penal Argentino), hecho ocurrido en

fecha 05/06/11 en la ciudad de Esquel;

. 2) Disponer el cese de las medidas cautelares dispuestas en autos (art. 333 del C.P.P.), y la restitución de los objetos afectados al procedimiento que no estén sujetos acomiso.

3) Imponer las costas al acusado (art. 242, tercer supuesto, del CPP), y regular los honorarios del profesional interviniente en un treinta y cinco por ciento (35%) de los que correspondan a su actuación en la primera instancia, con arreglo a lo establecido en los arts. 5, 6 bis, 7, 13, 44 y concs. de la ley XIII-4 (antes decreto-ley 2200).

4) Regístrese, notifíquese.

Se deja constancia de que los jueces Minatta, Pitcovsky y Rodríguez han remitido sus votos a esta sede via correo electrónico, razón por la cual no [suscriben materialmente este documento, sin perjuicio de su posterior suscripción material.. Registrada con el Nro. de la Cámara en lo Penal de la Circunscripción Judicial Esquel. Conste.

